

Tilburg University

Pragmatische argumenten

Barendrecht, J.M.

Published in:
Rechtsvinding

Publication date:
1996

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Barendrecht, J. M. (1996). Pragmatische argumenten. In E. S. G. N. A. van de Griend, & B. W. N. de Waard (Eds.), *Rechtsvinding: gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel van de Asser-serie (Asser-Vranken)* (pp. 29-41). W.E.J. Tjeenk Willink.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Pragmatische argumenten

Binding aan het recht en de taak van de rechtswetenschap

Het effect van binding aan het recht op het juridisch denken

De rechter is gebonden aan het geldende recht. Ik ga niet bespreken of dit beginsel nog bestaat en wat daarvan precies de inhoud is. Waarschijnlijk heeft Nieuwenhuis gelijk als hij zegt dat een rechtsregel, zelfs een dwingende wettelijke bepaling, niet meer dan een vermoeden van recht oplevert.¹ Hij schrijft dit als een soort uitwerking van Vranken's opvatting dat het recht een discursieve grootheid is.

Mijn thema is de invloed die het beginsel van binding aan het recht heeft op de manier waarop civiel-juristen in de maatschappij staan: hoe kijken wij naar geschillen tussen mensen en de oplossingen daarvoor? Ik behandel dat thema aan de hand van de invalshoek voor de rechtsvinding van Vranken en die van Posner, de Amerikaanse rechtseconoom en appel-rechter, die de agenda van de discussie over rechtsvinding in de Verenigde Staten lijkt te bepalen.²

Vranken: analogie, tendens en samenhang

Vranken maakte ooit een grote indruk op mij met zijn theorie over medede- lings- en onderzoeksplichten. Die probeerde hij uit op ons, advocaten van het kantoor Blackstone Rueb & Van Boeschoten, in het kader van een NBW cursus, ergens in 1987. Een soortgelijke ervaring had ik bij lezing van zijn Algemeen Deel. Wat is nu het geheim van zijn aanpak? Alles wat nu volgt is natuurlijk een reductie van de werkelijkheid. Maar misschien is wel het meest kenmerkende, dat Vranken laat zien hoe ver je kunt komen met het

* J.M. Barendrecht is hoogleraar privaatrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant en advocaat te Den Haag bij De Brauw Blackstone Westbroek.

1 J.H. Nieuwenhuis, 'Een discursieve grootheid', Discursieve beschouwingen over J.B.M. Vranken, Algemeen Deel, Zwolle 1995, in: *NJB* 1995, p. 1389 en ook 'Het Vermoeden', in: *R.M. Themis* 1995, p. 343.

2 Vgl. W.J. Witteveen, 'Cirkelgang van rechterbeelden', in: *Recht en kritiek* 1996, p. 27 e.v.

recht. Hoeveel inspiratie je uit het recht zelf kunt halen om het recht verder te ontwikkelen. Als je het in klassieke termen beschrijft, zou je kunnen zeggen dat Vranken de absolute meester is van de analogie, maar dan niet van die voor de handliggende analogietjes met drie bepalingen terug in het wetboek, maar het overplanten van in een bepaald, soms ver afgelegen gebied ontwikkeld recht, naar het te behandelen terrein. En dan neemt hij niet klakkeloos over, maar bekijkt precies wat uit de analogie bruikbaar is of niet.³

Altijd zoekend naar de vergelijking met een ander rechtsgebied, ziet hij bovendien sneller dan anderen tendensen in het recht. Hij probeert die te benoemen en een plaats te geven, zoals mededelingsplichten en onderzoeksplichten, maar ook schaalvergroting.⁴ Daarmee biedt hij ons de kaders die wij zelf nodig hebben om in analogie te denken.

In het Algemeen Deel combineert hij nog op een andere manier delen van het recht. Uiteindelijk worden aanspraken gerealiseerd door een combinatie van materiële rechtsregels en het procesrecht. Daarom moeten die rechtsgebieden in samenhang worden bestudeerd en is rechtsvinding niet langer alleen het vinden van de juiste oplossing, maar ook het proces dat daarheen leidt, zo is zijn opvatting.

Posner: pragmatisme

Posner is wellicht in de ogen van velen een enge rechtse rechtseconoom. Dat oppervlakkige oordeel doet hem geen recht. Hij is bekend geworden door zijn rechtseconomische werk, maar in de laatste jaren gaf hij blijk van een veel bredere belangstelling. Hij bracht boeken met de titels 'Law and Literature: A Misunderstood Relation' en 'Sex and Reason', publiceerde een biografie over de Amerikaanse rechter Cardozo, maakte een mooi becommentarieerde reader van stukken van Oliver Wendell Holmes en schreef bovenal de 'The Problems of Jurisprudence', een prachtig boek over rechtsvinding.⁵ Het meest kenmerkende van zijn aanpak lijkt dat hij bereid is zich in alle mogelijke problemen te verdiepen en die echt van alle

3 Zie in het Algemeen Deel bijvoorbeeld nr. 37 (motivering passeren bewijsaanbod en motivering andere bevoegdheden inzake bewijslevering) en nr. 67 e.v. (leerstuk bindende eindbeslissing en algemeen beginsel verboden verrassing).

4 Zie de 'serie' in: *NJB* 1995.

5 Steeds uitgegeven door Harvard University Press, zo ook Cardozo: A study in Reputation; The Essential Holmes. Selections from the Letters, Judicial Opinions and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.

kanten te bekijken. Posner's credo is pragmatisme. 'Pragmatism wants the law to be more empirical, more realistic, more attuned to the needs of real people'. Denk aan de woorden 'practical, instrumental, forward-looking, activist, empirical, skeptical, antidogmatic, experimental', als je wilt weten wat ik daaronder versta, zo spoort hij de lezer aan in zijn meest recente boek, *Overcoming Law*.⁶

Laat ik een voorbeeld geven om zijn benadering te verduidelijken. Stel u koopt een auto die 120.000 km heeft gereden voor 4000 gulden bij de dealer van een bepaald merk. De dealer weet dat bij dit model rond dit kilometrage de versnellingsbak het begeeft. Hij zegt dit niet. Brengt hij u daarmee in dwaling? Heeft hij een informatieplicht geschonden? Of rustte op u een onderzoeksplicht? Dat is de vraag die volgens de rechtspraak moet worden beantwoord.⁷

Mag dan in het juridische oordeel meewegen dat het voor de maatschappij als geheel besparend werkt om iemand die informatie al heeft, zoals de dealer, die te laten geven? In plaats van de ander onderzoek te laten doen naar wat al bekend is? Mag aan de andere kant meewegen dat het maatschappelijk wenselijk is dat mensen kennis verzamelen? Als die kennis echter vervolgens voor niets moet worden geopenbaard aan een potentiële contractspartij, dan wordt de drang om dat te doen een stuk minder.⁸ En, ik verzin maar wat, psychologisch onderzoek dat er op wijst dat 98 % van de mensen niet in staat is om een vreemde zwakheden van de eigen positie te laten zien? Of materiaal van een cursus commercieel management, waarin staat dat het op termijn verstandiger is om open te zijn als men streeft naar een duurzame relatie met de klant; maar dat dit in veel mindere mate geldt bij de aanschaf van een duurzaam consumptiegoed als een auto, waarbij de huidige consument geen enkele merkentrouw meer heeft, zodat het zinloos is in de relatie te investeren?

Dit is het soort argumenten dat in het werk van Posner een belangrijke plaats inneemt. Pragmatisme komt neer op nutsmaximalisatie zeggen sommigen snerend, maar het is eigenlijk maximalisatie van alles wat maar met het recht kan worden bereikt. Zo goed mogelijk recht. Posner constateert dat in de Amerikaanse literatuur, onder invloed van rechtsecono-

6 R.A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press 1995, p. 18.

7 Zie laatstelijk HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof) en vgl. HR 2 april 1993, NJ 1995, 94 (Cattier/Waanders).

8 Zie over dit soort argumenten G. de Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Een onderzoek naar de wetenschappelijke waarde van de rechtseconomie, Maklu 1994, p. 174 e.v.

mie en critical legal studies, steeds vrijer over het recht wordt gedacht.⁹ En in Amerikaanse law reviews kom je inderdaad mooie artikelen tegen waarin niet alleen de juridische achtergrond van rechtsregels aan de orde komt, maar ook de maatschappelijke zinnigheid en de economische, psychologische en sociologische effecten ervan, vaak zeer goed onderbouwd met empirisch onderzoek.¹⁰

Pragmatische of teleologische argumenten in het juridisch denken

Onder pragmatische argumenten versta ik hierna argumenten van buiten de rechtsorde zelf, die aanwijzingen vormen voor het aannemen van een bepaalde rechtsregel of een bepaalde uitkomst van een rechtsgeschil. 'Substantive arguments', inhoudelijke argumenten, zeggen Atiyah en Summers, te onderscheiden van 'formal arguments', argumenten die er op neerkomen dat het gezag van een bepaalde rechtsbron wordt ingeroepen, zoals een wettelijke regel of een precedent.¹¹

Wat doet een Nederlandse civilist met dit soort argumenten van buiten het recht? Een wetenschapper of een lid van de Hoge Raad? Zij zullen niet snel zeggen dat die argumenten niet mogen meewegen. Want dat zegt de jurist zelden, dat iets niet mag meetellen. Maar echt van harte gaat het niet, zo lijkt het. Dat kan aan de hand van het werk van Vranken worden geïllustreerd. Pragmatisch argumenteren past ook in het denken van Vranken. Recht is bij hem immers een discursieve grootheid. Recht is nooit af. Maar bij Vranken komt de inspiratie voor ontwikkeling van het recht toch veel meer van binnenuit het recht. Vranken noemt, als hij de gereedschappskist van de rechter bespreekt, alleen een aantal rechtsbronnen: systeem, rechtsbeginselen, parlementaire geschiedenis, anticipatie, rechtspraak, literatuur, interne rechtsvergelijking en externe rechtsvergelijking.¹² Dat valt te meer op als men vergelijkt met het Algemeen Deel van Scholten. Daar had het teleologische argument, het argument over het effect

9 *Overcoming Law*, p. 84 e.v.

10 Zie bovenal de bijdragen in de beide rechtseconomische tijdschriften van de University of Chicago, *Journal of Law and Economics* en *Journal of Legal Studies*, maar ook de tijdschriften van meer traditionele law schools als Harvard, Yale, Stanford en Duke.

11 Zie P.S. Atiyah and R.S. Summers, 'Form and Substance in Anglo-American Law, A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions', in: *Clarendon Press* 1987, p. 5 e.v. In het Engelse taalgebied wordt de discussie over de bindende kracht van het recht gevoerd onder het hoofdje 'legal formalism'.

12 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*, nr. 116-216.

van de aangenomen uitkomst, een belangrijke plaats.¹³ Bij Vranken zit het misschien wel in de gereedschapskist, maar de meester-timmerman haalt het er niet trots uit om het ons te laten zien.¹⁴ En zijn benadering lijkt mij representatief voor het denken van de jurist. Liever halen wij informatie uit rechtsbronnen. Wij zijn immers aan het recht gebonden. Dat recht is het object van de rechtswetenschap, zo zeggen wij.¹⁵

Dat wil niet zeggen dat juristen nooit pragmatisch zijn. Er is ook nog de fase van toepassing van de gevonden rechtsregel. Wij hebben wel geleerd dan heel goed naar de omstandigheden van het geval te kijken.¹⁶ In die fase wordt volgens velen het abstracte recht uit de boeken verwerkt tot een maatschappelijk aanvaardbaar resultaat. Dan kunnen alle belangen en wetenswaardigheden over de economische mens en de gedragswetenschappelijke mens meewegen. En dit gebeurt ook steeds openlijker. In de arresten van 30 september 1994 over bodemverontreiniging gaat de Hoge Raad bijvoorbeeld diep in op de alternatieven die er in de vijftiger en zestiger jaren waren voor het storten van chemisch afval en de moeilijkheden bij het van de grond komen van de chemische afdeling van Afvalverwerking Rijnmond.¹⁷

Beperkingen bij het gebruik van pragmatische argumenten

Maar het heeft gevaren als alleen naar pragmatische argumenten wordt gekeken in de fase dat de eenmaal gevonden regels op het gegeven geval worden toegepast. In de eerste plaats is dan onze blik al beperkt. Dan zien wij alleen deze mensen en dit probleem en de fase waarin de ruzie zich nu bevindt. Wat dreigt, is dat wordt vergeten welk effect de aangenomen rechtsregel of uitkomst heeft op mensen die nog een geschil moeten krijgen, of dat geschil samen snel willen oplossen. De voorbeelden van pragmatische argumenten die ik gaf, hadden betrekking op het dwalingsleerstuk. Dit soort argumenten over de economie van informatieuitwisseling en over de sociologie van de verkoop vindt men in de rechtspraak over dwaling niet terug. Het zijn uitsluitend omstandigheden van het geval die de rechter noemt voor hij zijn oordeel over het bestaan van een informatieplicht geeft. Ook

13 Zie § 25.

14 *Algemeen Deel*, nr. 117 waar blijkt dat de opsomming niet limitatief is.

15 A.R. Bloembergen, 'Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht', in: *Nederlandse rechtswetenschap* 1988, p. 63.

16 Vgl. *Algemeen Deel*, nr. 111.

17 Zie HR 30 september 1994, RvdW 1994, 185-188 r.o. 3.8.5.

in de recente proefschriften over het dwalingsleerstuk zal men tevergeefs naar die argumenten zoeken.¹⁸ De opbouw van deze boeken is volledig vanuit de rechtsbronnen. De rechtspraak, voornamelijk die van de Hoge Raad, en de literatuur worden besproken. Maar de psychologie van verkoper en koper krijgt geen duidelijke plaats, evenmin als het economische belang van een zekere mate van informatieuitwisseling bij de contractssluiting. Alleen omdat de Amerikaanse jurist Kronman het argument van het incentive voor het doen van onderzoek noemde, wordt dat argument genoemd.¹⁹ En dat is typerend. Pas als een argument eenmaal wordt genoemd door een juridische auteur, dan wordt het een juridisch argument en gaat het in juridische discussies een rol spelen.

De aandacht van de civilist voor het pragmatische argument is vaak ook maar van korte duur. Veel praktijkjuristen stellen geen verdere vragen bij een goede pragmatische uitkomst. Maar de meer wetenschappelijk georiënteerde civilist voelt zich ongemakkelijk en gaat zoeken naar legitimatie. Al snel is die dan al weer bezig met de juridische verpakking van de inhoudelijke argumenten. Moet het nu in het bloemetjespapier van de redelijkheid en billijkheid, of in dat bruine pakpapier van de maatschappelijke zorgvuldigheid? De vorm wint het weer van de inhoud. Het is jammer dat discussies tussen civilisten verhoudingsgewijs zo vaak over die inpassing gaan. Als voorbeelden noem ik het debat over de precontractuele aansprakelijkheid, dat maar nauwelijks over de effecten daarvan is gegaan, maar vooral over de grondslag, en daarnaast de wils-vertrouwensleer, waarbij de grondslag iedere aandacht opslokt, terwijl nauwelijks wordt geschreven over de manier waarop de artt. 3:33 en 35 BW moeten worden toegepast. Grondslagdiscussies mogen best de aandacht hebben, maar niet zo overheersend. Te meer niet nu het nooit zo zal zijn dat het gewenste resultaat niet kan worden bereikt wegens het ontbreken van een grondslag. Er zijn zoveel vage normen die het recht open kunnen breken als het nodig is, dat er altijd wel één toepasselijk is. Juist door die vage normen is het recht immers discursief.²⁰

Een derde aspect van de benadering waarbij pragmatische argumenten alleen in de toepassingsfase meetellen, is dat er vaak iets toevalligs in zal sluipen. Pragmatische argumenten worden, zo lijkt het soms, alleen gebruikt

18 M. Van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij verkoop van onroerend goed*, diss. Utrecht 1991 en A.G. Castermans, 'De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase', 1992; vgl. echter ook de artikelen van Castermans in: *BW-krantjaarboek* 1985, p. 141 e.v. en *RMThemis* 1989, p. 136 e.v. waarin iets meer met rechtseconomische argumenten wordt gedaan.

19 A.G. Castermans, *t.a.p.*, p. 5.

20 Vgl. *Algemeen Deel*, nr. 103.

als wij ze toevallig kennen, anekdotisch in een conclusie van Leijten, die dan schrijft dat hij laatst ergens iets las, in de krant of in een literair tijdschrift, dat wel weinig met het juridische probleem te maken heeft, maar dat hij toch even kwijt wil. Een echte goede jurist weet wat van het leven en gebruikt die wetenschap. Maar wat hij weet, is wel gekleurd door erg persoonlijke ervaringen.

Verabsolutering van rechtsregels

Soms komt men bovendien aan een echt pragmatische toepassingsfase helemaal niet toe. Als de rechtsbronnen geheel onomstreden zijn, ontstaat geen toepassingsprobleem. Dan bestaat een kans op verabsolutering van rechtsregels. Een paar voorbeelden waar dat zou kunnen spelen.

Eerst een voorbeeld van buiten het civiele recht: de vormvereisten in het strafrecht waar Groenhuijsen over sprak. Waarom nietigheid? Omdat voorkomen moet worden dat de politie of de officier buiten zijn boekje gaat bij de opsporing, is bij mijn weten het standaardantwoord dat iedere strafrechtjurist van propedeuse uit meekrijgt. Voor de buitenstaander lijkt het alsof er lang geen gedegen juridisch onderzoek is gedaan naar de effecten van de nietigheidssanctie enerzijds op het gedrag van politie en OM, en anderzijds op de misdaadbestrijding en de rechtspleging, alsmede het imago daarvan. Ook alternatieven als strafvermindering of een tuchtrecht voor de politie en het OM lijken in juridische discussies lang niet serieus mee te hebben gedaan.²¹ Soms onttrekken wij juristen ons nog aan de werkelijke discussie met een beroep op normen die in onze ogen fundamenteel zijn, maar door de maatschappij vooral worden opgevat als tekenen dat het recht ver van het maatschappelijke leven af staat. Dan is het recht nog onvoldoende discursief. En als het recht niet meer met de maatschappij in discussie treedt, kan het daarvan vervreemden.

Ook in het ontslagrecht is de jurist wellicht te veel bezig met dat ene concrete toepassingsprobleem. De regels zelf en hun effecten staan niet ter discussie. Daar is de jurist immers aan gebonden. Zo verliezen juristen uit het oog dat de regels over ontslagrecht de werknemer en de werkgever in het algemeen dwingen de wederpartij zo zwart mogelijk te maken. Dat heeft op zijn minst als ongunstig bijeffect dat partijen, die rond een ontslag al niet een florissant zelfbeeld zullen hebben, het nog eens systematisch

21 Zie voor de recente ontwikkelingen J.L.M. Boek, *Organisatie, functie en bevoegdheden van politie in Nederland*, diss. Leiden 1995, p. 273 e.v.

moeilijker wordt gemaakt. Bovendien wordt de aandacht gericht op een reconstructie van het verleden, terwijl een ontslagen werknemer, maar ook een werkgever die zich in een reorganisatie bevindt of een opengevallen plaats moet opvullen, op het vormgeven van de toekomst gericht zou moeten zijn.

Mijn derde voorbeeld betreft het civiele procesrecht. Alleen een zekere obsessie met het bestaande regelsysteem kan verklaren dat zo lang niet systematisch is gekeken naar de klantvriendelijkheid van het procesrecht: procederen is te kostbaar, duurt te lang en de kwaliteit van de beslissingen is, gerelateerd aan kosten en duur, evenmin optimaal.

Het resulterende beeld is dat pragmatische argumenten het recht wel binnen kunnen komen, maar dat lang niet altijd doen. Binding aan het geldende recht creëert met name een cultuur waarin maar zelden systematisch wordt gekeken naar de effecten van eenmaal aanvaarde rechtsregels en waarin nauwelijks gebruik wordt gemaakt van wetenschappelijke en praktische kennis van andere aard dan de juridische om deze eenmaal aanvaarde regels te evalueren.

Maar ik wil niet beweren dat dit beeld van een enigszins in zichzelf gekeerde rechtscultuur uniform is. Ook in Nederland zijn er auteurs die de moeite nemen om eerst systematisch feitenonderzoek te doen, voordat zij een oordeel geven over het juridisch behoren. Bloembergen publiceerde onlangs de resultaten van een onderzoek naar de omvang van het beroep op de rechter, waarin zeer verhelderend cijfermateriaal is opgenomen.²² Dit voorbeeld geeft ook aan dat het veelal niet nodig is om zelf zeer diepgaand onderzoek te verrichten. Een creatieve combinatie van gegevens die anderen bijeen hebben gebracht, is veelal al voldoende. De Kluiver publiceerde een studie over afgebroken onderhandelingen waarin ook aandacht is voor andere dan juridische literatuur over het onderhandelingsproces, al gebeurt er vervolgens naar mijn smaak iets te weinig met dit materiaal als hij zijn conclusies trekt.²³ Het zijn juristen die zich bezig houden met de evaluatie van de werking van de Algemene Wet Bestuursrecht. Zij maken daarbij gebruik van materiaal van andere wetenschappers. En ook de Hoge Raad maakt af en toe duidelijk gebruik van andere dan juridische bronnen, soms op zijn verzoek aangeleverd door de AG.

22 A.R. Bloembergen, *Ubi iudicia deficiunt incipit bellum*, Het beroep op de rechter in onze volgroeiende rechtsstaat, 1995.

23 H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. V.U. 1992, p. 52 e.v. en p. 347 e.v.

Waar is afscherming nuttig en waar niet?

Nu breng ik het steeds negatief, maar dat juristen inhoudelijke argumenten van buiten het recht niet al te snel laten meewegen, heeft ook voordelen. Het eerste voordeel is dat wij daardoor voorzichtig zijn met het ontwikkelen van nieuwe regels, zolang de oude regels redelijk werken. Dat zorgt voor stabiliteit van het rechtssysteem. Het is het soort voorzichtigheid verbonden aan het conservatisme in de goede zin van het woord, die uit de mode zijnde stroming, die zo prachtig wordt beschreven in de veel te weinig gelezen dissertatie van Cliteur.²⁴ Het behoudende van leren uit het verleden; niet dezelfde fouten maken; alleen aanpassen van rechtsregels als er echt om wordt gevraagd. Het uitgaan van het bestaande recht als basis voor verdere rechtsontwikkeling, dat is natuurlijk wezenlijk voor het juridisch denken. Daarom heb ik het piecemeal redeneren van Popper, het met kleine stappen aanpassen van de maatschappelijke ordening, altijd een zo goed beeld voor de rechtsvorming gevonden.

Het is ook om andere redenen niet zo gek, dat wij ons via het beginsel van binding aan het recht enigszins afschermen van datgene wat buiten het recht ligt. De problemen waarover rechters moeten oordelen zijn soms zeer complex en de indicaties voor bepaalde oplossingen verwarrend en tegenstrijdig. De jurist kenne zijn beperkingen en het zou heel vaak te veel gevraagd zijn dat hij zich verdiept in de economische en gedragswetenschappelijke kant van de problemen die hij voor zich krijgt. Dat geldt met name voor de praktisch werkzame jurist die zich bezig houdt met de oplossing van concrete juridische problemen. Van hem kan niet steeds worden gevergd dat hij zich in andere gegevens dan de concrete feiten en de concrete op het geval toepasselijke rechtsregels verdiept.

De rechtswetenschapper, de van de praktijk van alle dag vrijgestelde jurist, zou zich echter niet moeten laten afschermen door het beginsel van binding aan het recht. Maar paradoxaal genoeg lijkt de afscherming daar soms het grootst. In de praktijk van de rechtszaal wordt veel pragmatischer gedacht, dan in de wetenschap, zo lijkt het wel. En dan kom ik op de taak van de wetenschap.

24 P.B. Cliteur, *Conservatisme en cultuurrecht*, diss. Leiden 1989.

De taakopvatting van de juridische wetenschap

Vranken is stellig in zijn opvattingen daarover. De wetenschap moet niet alleen door de praktijk worden geregeerd. Zij moet boven de praktijk van alle dag uit stijgen en verbanden leggen.²⁵ Zolang daarmee niets meer wordt gezegd dan dat niet ieder praktijkprobleem de rechtswetenschappelijke aandacht waard is en dat inspiratie niet alleen uit de praktijk dient te komen, heb ik met die opvatting geen moeite. Maar in rechtswetenschappelijke kringen hoort men nog wel eens dat het recht vooral ook op zichzelf moet worden bestudeerd en vanuit zichzelf moet worden begrepen.

Van mij mag dat ook. Wetenschappelijk leven en laten leven. Het wordt echter bezwaarlijk als een meerderheid van de rechtswetenschappers zo te werk gaat. Dan ontstaat een situatie waarin te weinig juristen zich verantwoordelijk voelen voor situaties waar het recht maatschappelijk te kort schiet of in ieder geval sterk zou kunnen worden verbeterd. En op sommige gebieden lijkt dat zo te zijn.

Welke rechtswetenschapper denkt er nu op dit moment echt fundamenteel na over een aanpassing van het ontslagrecht in de richting van een economisch, psychologisch en sociaal-maatschappelijk beter functionerend stelsel? Er is consensus over dat het ontslagrecht niet goed functioneert: nodeloos ingewikkelde procedures, wetsontduiking op zeer grote schaal en grote rechtsongelijkheid voor wat betreft de financiële gevolgen. De wetenschap beschrijft het geldende recht, signaleert lacunes en suggereert soms de oplossing voor een deelprobleem. Zij reageert, zowel in publicaties als achter de schermen in overlegstructuren, op voorstellen van Ministers voor aanpak van het ontslagrecht, die echter vanwege de politieke gevoeligheid om de kern van de problematiek heendraaien. Maar neemt zij het initiatief voor het uitdenken van een beter systeem? Een enkeling ontwikkelt ideeën, meestal in korte stukjes als redactionelen of columns, doch zelden in meer diepgaande studies. Omdat de rechtswetenschap het niet tot haar taak rekent de fundamenten voor een optimaal stelsel te ontwikkelen, gebeurt er ook niet heel veel met de ontwikkelde ideeën. Onze discussies zijn vaak niet erg op het boeken van resultaten, voortbouwend op elkaar, gericht. Wij zijn vooral kritisch ten aanzien van andermans opvattingen, omdat wij onszelf niet primair verantwoordelijk achten voor de kwaliteit van het recht.

²⁵ *Algemeen Deel*, nr. 175.

Over een verbetering van het procesrecht vindt op het ogenblik wel een bredere discussie plaats. Het initiatief ligt daar echter geheel bij rechterlijke macht en advocatuur, binnen welke beroepsgroepen men inziet dat het zo echt niet langer kan. De wetenschap schittert door afwezigheid. Met name van de procesrechtelijke coryfeeën, Asser, H.J.Snijders en Heemskerk, vind ik het persoonlijk jammer dat zij hun kennis niet in dienst van deze discussie stellen, althans niet publiekelijk. Zou het niet zo moeten zijn dat de wetenschap vooroploopt en een reeks van visies op het proces klaar heeft liggen op het moment dat de praktijk of de politiek daarom vraagt?

Een antwoord op deze verwijten aan de wetenschap zou kunnen zijn dat het aan de politiek is om de hoofdlijnen van regelgeving neer te zetten, niet aan de rechtswetenschap. Maar wie kan nu beter vormgeven aan een optimaal ontslagrecht of procesrecht? De rechtswetenschapper of de wetgevingsambtenaar? Eén drukbezette minister van Justitie of Sociale Zaken of de gezamenlijke vakgroepen procesrecht of sociaal recht? De sociale partners en de belanghebbenden bij civiele procedures of de onpartijdige wetenschap? Daaraan kan worden toegevoegd dat de juridische stand de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het recht ook naar zich heeft toegetrokken. Rechterlijke macht en rechtswetenschap hebben eendrachtig samengewerkt bij het openbreken van het recht. Door EVRM, redelijkheid en billijkheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur is veel meer beslissingsmacht bij de rechter en dus binnen het juridische circuit komen te liggen. Die macht scheidt ook verantwoordelijkheid. Wij kunnen niet meer volstaan met naar de wetgever te kijken en zeggen dat die het goed of fout doet.

De zich hervindende jurist

Sommige mensen gaan veel verder en zeggen dat er een crisis is. 'The Lost Lawyer' is een veelzeggende titel van een boek over de positie van de jurist in de hedendaagse Amerikaanse maatschappij van de hand van Anthony Kronman.²⁶ Uit Olson's veel verkochte 'The Litigation Explosion' komt de jurist naar voren als een zakkenvuller die de problemen moeilijker maakt in plaats van deze op te lossen. Het is te gemakkelijk om dit als Amerikaanse problemen af te doen. Wie deze boeken leest, kan veel van de Amerikaanse kritiek op de jurist transponeren naar de Nederlandse situatie.

26 A. Kronman, *The Lost Lawyer, Falling ideals of the Legal Profession*, Belknap Press 1993.

In *The Lost Lawyer* zet Kronman tegenover de hedendaagse jurist het ideaal van de 'lawyer-statesman'.²⁷ Het is de jurist van decennia geleden die niet alleen maar lawyer is, maar ook statesman: de jurist die als lid van de bar niet alleen maar achter de belangen van de cliënt aanjaagt, maar ook verantwoordelijkheid neemt voor de loop van het recht. Als lid van de rechterlijke macht beslist de lawyer-statesman niet mechanisch zaken, maar richt hij zich mede op de achterliggende maatschappelijke problemen. Als hij zich met wetgeving bemoeit, is het niet alleen maar als lobbyist, maar inderdaad als staatsman. Kenmerkend is de gedachte dat de jurist de wereld meer heeft te vertellen dan wat er al beslist is en dat hij maatschappelijke verantwoordelijkheid heeft.

Maar het ideaal van de lawyer-statesman is wellicht niet realistisch meer in een maatschappij die zo complex is geworden. Welke individuele jurist heeft nog het overzicht om een dergelijk positie te kunnen claimen? Misschien ligt de sleutel in het woord individueel en zouden juristen als team nog wel die verantwoordelijkheid moeten aandurven. Misschien ligt het op de weg van de juridische wetenschapper om het initiatief te nemen voor onderzoek door andere disciplines. De verantwoordelijkheid kan immers ook gestalte krijgen, doordat de jurist signaleert dat op een bepaald terrein steeds weer problemen rijzen en vervolgens economen vraagt iets te beoordelen, sociologen laat enquêteren en psychologen laat analyseren. Dat gebeurt al wel, maar dan toch vooral buiten de hoofdstroom van het civiel-rechtelijke onderzoek, bijvoorbeeld in derdegeldstroom-projecten.

Slot

Binding van de rechter aan wet en recht is traditioneel een fundamenteel uitgangspunt van het rechtssysteem. De effecten ervan zijn een bespiegeling waard. Het beginsel beschermt de juristenstand, maar betekent ook een beperking van het juridisch denken. Juridische wetenschap zou vrij moeten zijn van binding aan de wet en het recht. Zo vrij, dat vrij kan worden gedacht over de beste regels en procedures voor de maatschappelijke problemen die binnen het rechtssysteem worden of kunnen worden opgelost. Die verantwoordelijkheid heeft de jurist, juist nu zoveel macht naar de juristenstand is toegevloeid.

Het bestaande recht is ontegenzeggelijk studie waard, met name om van te leren hoe maatschappelijke problemen kunnen worden opgelost. Vran-

²⁷ Zie met name p. 11 e.v., maar verder door het gehele boek.

ken laat zien hoeveel wij er van kunnen leren. Maar Posner laat zien hoeveel er te winnen is als wij ook bereid zijn naar het probleem te kijken met de blik van wat de beste oplossing is: door echte analyse van het maatschappelijk probleem, door het verzamelen van feitenmateriaal en door het gebruikmaken van resultaten van onderzoek van anderen. Het wegen van argumenten, dat doet de jurist altijd weer op microniveau. Hij zou ook het macroniveau meer moeten aandurven. De jurist als onafhankelijke denker, die leert van het recht, maar dit recht niet alleen toepast. De jurist die weet dat er grenzen zijn aan wat een mens kan bevatten, en als er teveel op hem afkomt, en het niet meer te behappen is, zich dan vastklampt aan het vlot van het geldende recht. Maar wel een jurist met de ogen open naar alle richtingen, die samenwerkt met andere disciplines, die niet alleen weergeeft, beschrijft en analyseert, maar die ook bevraagt, informeert en verzamelt. En bovenal de jurist die verantwoordelijkheid neemt voor het recht.